

# **SO\_GERICHTE VWBES.2013.299 vom 4. März 2009**

SO Obergericht, 2009-03-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2013.299](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2013.299)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2013.299 du 4 mars 2009

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2013.299 del 4 marzo 2009

## **Regeste**

§ 6 GWBA. Die auf dem an den «Rausbach» angrenzenden Grundstück entspringende Gänselochquelle war vor Inkrafttreten des ZGB kein öffentliches Gewässer, sondern als Bestandteil des Grundstücks Privateigentum. Eine Bachquelle untersteht nicht dem Bundeszivilrecht. Die grösseren Quellen wurden erstmals mit § 6 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über Wasser, Boden und Abfall vom 4. März 2009 ausdrücklich öffentlich erklärt und einer Konzessionspflicht unterstellt. Die jahrzehntelange Untätigkeit des kantonalen Gesetzgebers begründet keine wohlervorbenen, gesetzesbeständigen Nutzungsrechte an Quellen.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Einwohnergemeinde Lommiswil wird die Konzession nach § 54 Abs. 1 lit. c GWBA in Verbindung mit §§ 55 – 68 GWBA für die Nutzung der öffentlichen Gänselochquelle wie folgt erteilt:

#### **E. 1.1**

Konzedierte Entnahmemenge: 800 Liter pro Minute.

#### **E. 1.2**

Konzessionsdauer: Die Konzession wird auf 50 Jahre erteilt. Sie beginnt mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung rückwirkend per 1. Januar 2010 und erlischt mit Ablauf ihrer Dauer automatisch (vgl. § 64 Abs. 1 GWBA).

#### **E. 1.3**

Streitig ist, ob die Beschwerdeführerin für den Bezug von Wasser aus der Gänselochquelle eine Konzession benötigt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gänselochquelle sei nach Bundeszivilrecht eine private Quelle und ihr Quellenrecht sei zu einer Zeit begründet worden, als Quellen noch gänzlich dem Privatrecht unterstanden, weshalb es als ehehaft zu qualifizieren sei. Der solothurnische Gesetzgeber habe die natürlich aufstossenden Quellen erst 2010 mit dem Erlass des GWBA geregelt; zuvor habe er den Grundsatz des Privateigentums in keiner Weise in Frage gestellt. 2. Nach § 54 des am 1. Januar 2010 in Kraft getretenen Gesetzes über Wasser, Boden und Abfall vom 4. März 2009 (GWBA, BGS 715.15) bedarf einer Konzession, wer öffentliche Gewässer, insbesondere öffentliche Grundwasservorkommen und öffentliche Quellen (lit. c), intensiv und dauerhaft nutzt. Der gesteigerte Gemeingebrauch und die Sondernutzung öffentlicher Gewässer sind gebührenpflichtig (§ 72 GWBA). Für bestehende Gewässernutzungen, die noch nicht konzessioniert sind, ist innert zweier Jahre ab Inkrafttreten des Gesetzes bei der zuständigen Behörde eine Konzession einzuholen und beginnt die Gebührenpflicht mit Inkrafttreten des

Gesetzes (§ 174 GWBA). Gewässer sind öffentlich, soweit an ihnen nicht Privateigentum nachgewiesen werden kann (§ 6 Abs. 1 GWBA). Grössere Quellen sind öffentliche Gewässer, wenn sie für die öffentliche Wasserversorgung oder für die kommerzielle Nutzung von Bedeutung sind (§ 6 Abs. 2 lit. c GWBA). Als grösser im Sinne von § 6 Abs. 2 lit. c GWBA gelten in der Regel Quellen, die im langjährigen Mittel eine Schüttung von mindestens 6 Litern pro Sekunde (also 360 l/min) aufweisen und in einem hydrologisch normalen Jahr höchstens kurzzeitig versiegen (§ 1 Abs. 1 der Verordnung über Wasser, Boden und Abfall vom 22. Dezember 2009, VWBA, BGS 712.16). Als für die öffentliche Wasserversorgung oder die kommerzielle Nutzung von Bedeutung gelten namentlich Quellen, deren Wasser sich von der Güte her, nötigenfalls unter Anwendung einfacher Aufbereitungsverfahren, als Trink- oder Brauchwasser verwenden lässt (§ 1 Abs. 3 lit. a VWBA). Vorbehalten bleiben private Rechte an öffentlichen Gewässern sowie die privaten Quellen (§ 6 Abs. 3 GWBA). Bei Ersteren handelt es sich in der Regel um sogenannt ehehafte Rechte, also bestehende private Rechte an später öffentlich erklärten Gewässern (§ 9 Abs. 1 GWBA). Nach der unwidersprochen gebliebenen Darstellung der Beschwerdeführerin ist die Gänselochquelle eine natürliche Quelle. Nach den ebenfalls unwidersprochen gebliebenen Feststellungen des Departements in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 2.3) schwankt ihre Gesamtergiebigkeit (genutzter und verworfener Anteil) zwischen rund 250 und 3'500 l/min und liegt die mittlere Quellschüttung bei 1'000 l/min. Die maximale Abflusskapazität der Wasserleitung durch den Bahntunnel liegt (bei Einsatz einer Druckerhöhungspumpe) bei 800 l/min; das überschüssige Quellwasser wird, soweit es nicht von der BLS AG beansprucht wird, in die Raus geleitet, welche in Moutier in die Birs mündet. Damit handelt es sich bei der Gänselochquelle um eine grössere Quelle im Sinne des GWBA. Ihr Wasser wird als Trinkwasser genutzt; es handelt sich damit grundsätzlich um ein öffentliches Gewässer im Sinne des GWBA.

### **E. 3**

Zur Entstehung des von der Beschwerdeführerin beanspruchten Rechts an der Gänselochquelle ergibt sich aus den Akten Folgendes:

3.1 Am 31. Juli 1906 schlossen Gaston von Sury als Verkäufer und die Solothurn-Münster-Bahn-Aktiengesellschaft als Käuferin einen Kaufvertrag über eine Teilparzelle des Grundstücks GB Gännsbrunnen Nr. 41. Der Vertrag enthält folgende besondere Bestimmungen:

1. Die S-M-Bahn gesteht dem Verkäufer Hr. Major von Sury das Eigentumsrecht an der auf nunmehrigem Bahngelände entspringenden Gänselochquelle zu und erklärt weder jetzt noch durch Verjährung einen Anspruch auf dieselbe ableiten zu wollen.

2. Falls der Verkäufer, Hr. von Sury, später das Wasser der Gänselochquelle nutzbar machen wollte, so wird seitens der S-M-Bahn dagegen keine Einsprache erhoben werden. Für die Kosten der bei dieser Nutzbarmachung auf Bahngelände durch die Bahngesellschaft oder unter ihrer Aufsicht auszuführenden Arbeiten (besonders Quellsfassung, Ableitung etc.) hätte der Eigentümer, Hr. von Sury, aufzukommen, immerhin in dem Sinne, dass ihm daraus infolge der Bahnanlage nicht grössere Kosten erwachsen sollen, als unter den Verhältnissen, wie sie vor Beginn des Bahnbaus gewesen sind, entstanden wären.

3. Von der genannten Gänselochquelle gibt Hr. Major von Sury an die S-M-Bahn ein Wasserquantum von fünfzehn Minutenliter ab (...).

3.2 Aufgrund des nach dem Bau der Bahn erstellten Mutationsplans Nr. 1715 wurde der Kaufvertrag zwischen Major von Sury und der S-M-Bahn am 1. Juli 1910 im Grundbuch eingetragen. Die von der S-M-Bahn erworbene Parzelle erhielt im Grund- und Hypothekenbuch die Nummer 68. Als Dienstbarkeit (Last) wurde das Wasserrecht des Gaston Sury an der Gänslotzquelle eingetragen.

3.3 Am 24. Mai 1910 verkaufte Gaston von Sury das Grundstück Nr. 41 an den Staat Solothurn. Im Grund- und Hypothekenbuch wurde in der Rubrik Dienstbarkeiten eingetragen: «Gänslotzquelle darf kein Wasser entzogen werden laut Kauf vom 24. Mai 1910».

3.4 Anlässlich der Bereinigung der Grunddienstbarkeiten im Kanton Solothurn meldete Gaston von Sury das Recht an der Gänselotzquelle zur Eintragung als Grunddienstbarkeit an. Am 11. November 1919 wurde auf dem Grundstück GB Gänsbunnen der Solothurn-Münster-Bahn-Aktiengesellschaft (heute: BLS AG) als Last das Wasserrecht des Gaston von Sury an der Gänslotzquelle (im aktuellen Grundbuchauszug vom 28. November 2014 als Gänsebachquelle bezeichnet) eingetragen.

3.5 Am 31. August 1949 verkauften die Erben des Gaston Sury das Wasserrecht an der Gänselotzquelle für CHF 10.00 an die Beschwerdeführerin, welche am 3. September 1949 als neue Berechtigte im Grundbuch eingetragen wurde. Wie aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten geologischen Bericht vom 30. Dezember 1949 hervorgeht, speiste die Quelle damals den Brunnen bei der Station Gänsbunnen und die dortige Wagenwaschanlage; das überschüssige Wasser floss in den Rauskanal. Gemäss den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen in der angefochtenen Verfügung wurde die Leitung zwischen der Brunnstube in Gänsbunnen und dem Reservoir in Lommiswil in den Jahren 1952/53 erstellt.

4. Vorab zu klären ist, ob die Gänselotzquelle, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, nach Bundeszivilrecht eine private Quelle ist.

4.1 Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 1 ZGB, Zivilgesetzbuch, SR 210). Eine gleiche Materie kann indessen sowohl von Regeln des Bundeszivilrechts wie von solchen des kantonalen öffentlichen Rechts erfasst werden. Kantonale Regelungen sind in diesem Fall rechtsprechungsgemäss zulässig, wenn der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend regelt, die kantonale Regelung durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründet ist und sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Durchsetzung beeinträchtigt oder vereitelt. In diesem Rahmen kann jedoch das kantonale öffentliche Recht das Bundesprivatrecht nicht nur ergänzen, sondern auch in seiner Tragweite beeinflussen; Art. 6 ZGB anerkennt insofern eine expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts. Auch wenn eine bundesrechtliche Regelung in einem bestimmten Bereich umfassend ist, kann ein kantonales Gesetz im gleichen Bereich Bestand haben, wenn es ein anderes Ziel verfolgt als das vom Bundesrecht verfolgte (BGE 138 I 331 E. 8.4.3).

4.2 Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter die Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden (Art. 664 Abs. 1 ZGB). An den öffentlichen Gewässern sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, und den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum (Art. 664 Abs. 2 ZGB).

Die öffentlichen Sachen im Sinne von Art. 664 Abs. 1 ZGB sind grundsätzlich dem Privateigentum entzogen; an ihnen kann kein Privateigentum erworben werden. Art. 664 ZGB statuiert einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts, Bundesprivatrecht gilt auch nicht ersatzweise, wenn der Kanton keine öffentlich-rechtlichen Bestimmungen erlässt (Heinz Rey / Lorenz Strebel: Basler Kommentar, ZGB II, Basel 2011, Art. 664 ZGB N 1 f.; anders wohl Arthur Meier-Hayoz: Berner Kommentar, Band IV/1/2, Bern 1964, Art. 664 ZGB N 85). Vielmehr befinden die Kantone darüber, in welchem Umfang die Vorschriften des Bundesprivatrechts auf öffentliche und herrenlose Sachen anwendbar sein sollen. Sie regeln den Gemeingebrauch und bestimmen, welche Nutzungsarten als gesteigerter Gemeingebrauch oder Sondernutzung nur aufgrund einer Bewilligung oder Konzession zulässig sind (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664 N 22 f.).

Das Bundesprivatrecht bestimmt die Kriterien nicht, nach welchen aufgrund von Art. 664 Abs. 1 ZGB der Hoheit der Kantone unterstellte Gewässer als öffentliche Sache zu betrachten sind. Die Kantone können unter Vorbehalt der Eigentumsgarantie Vorschriften erlassen über die genaue Abgrenzung der öffentlichen Gewässer (BGE 123 III 454 E. 5b S. 459; 113 II 236 E. 4 S. 239). Das gilt mindestens hinsichtlich der Abgrenzung zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Gewässern, wogegen Zweifel bestehen, ob die Kantone auch für die Grenzziehung zwischen den öffentlichen Gewässern und dem sie umgebenden Grund und Boden zuständig seien (BGE 113 II 136 E. 4 mit Verweis auf Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664 ZGB N 153 f.). Bei Grundwasseraufstößen auf Privatgrundstücken haben die Kantone indessen die sich aus Art. 704 ZGB ergebenden Schranken zu beachten, darf doch diese Bestimmung nicht ihres Gehalts entleert werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_622/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 3.2).

4.3 Gemäss Art. 704 ZGB sind Quellen Bestandteile der Grundstücke bzw. des Bodens, «dem sie entspringen». Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden von dieser Norm jedenfalls die natürlichen Quellen erfasst, d.h. der Grundeigentümer darf das ohne sein Zutun natürlicherweise aus seinem Boden tretende Wasser fassen, selbst wenn das die Quelle speisende Grundwasservorkommen als öffentliches Gewässer gilt; die Quelle bleibt auch dann im Privateigentum, wenn eine vom Grundeigentümer mit herkömmlichen Mitteln erstellte Fassung zu einer verhältnismässig geringen Vermehrung des Wasserzuflusses führt. Dagegen erlaubt Art. 704 ZGB dem Eigentümer nicht, technische Vorkehren zu treffen, die den Zufluss von Wasser aus dem öffentlichen Grundwasservorkommen beträchtlich vermehren würden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_622/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4.2; BGE 93 II 170 E. 8c). Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Umfang des Wasserausstosses nicht als Bach- oder Flussquelle zu qualifizieren ist (Rey / Strebel, a.a.O., Art. 704 ZGB N 15).

Vom Quellenbegriff des Art. 704 ZGB nicht erfasst sind jene Quellen, die zwar auf einem Privatgrundstück entspringen, aber einen Wasserlauf zu bilden vermögen; sie werden als Teil des Wasserlaufs betrachtet und nicht als Teil des Grundstücks, auf dem sie entspringen (Rey / Strebel, a.a.O., Art. 704 ZGB N 7a; BGE 97 II 333 E. 1, 106 II 311 E. 2a, 122 III 49 E. 2a). Ob eine Quelle einen Bach bildet, hängt davon ab, ob das Wasser von Anfang an einen Bach bildet, d.h. die Mächtigkeit und Stetigkeit hat, dass es sich ein Bett mit festen Ufern zu schaffen vermag oder zu schaffen vermöchte, wäre es nicht gefasst worden (BGE 122 III 49 E. 2a).

Gilt eine Quelle als Teil des von ihr gebildeten Wasserlaufs, teilt sie dessen rechtliches Schicksal, über welches das anwendbare kantonale Recht entscheidet. In Kantonen, die

Bäche und Flüsse als öffentliche Gewässer bezeichnen, sind deshalb auch Bach- und Flussquellen öffentliche Gewässer, an denen unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum besteht (Rey / Strebel, a.a.O., Art. 704 ZGB N 9).

4.4 Nach der unwidersprochen gebliebenen Darstellung der Beschwerdeführerin ist die Gänselochquelle eine natürliche Quelle. Wie bereits oben ausgeführt, schwankt ihre Ergiebigkeit zwischen rund 250 und 3'500 l/min und liegt die mittlere Quellschüttung bei 1'000 l/min. Die maximale Abflusskapazität der Wasserleitung durch den Bahntunnel liegt (bei Einsatz einer Druckerhöhungspumpe) bei 800 l/min; das überschüssige Quellwasser wird, soweit es nicht von der BLS AG beansprucht wird, in die Raus, welche in Moutier in die Birs mündet, geleitet.

In der Literatur wird bei einer Schüttungsmenge von mindestens 200-300 l/min von einer Bachquelle ausgegangen (BGE 122 III 49 E. 2b mit Verweis auf Fritz Gygi: Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 241). Die minimale Schüttung liegt im Bereich dieses Wertes, die durchschnittliche und die maximale deutlich darüber. Menge und Stetigkeit des sprudelnden Wassers erfüllen damit die Anforderungen an eine Bachquelle.

4.5 Nach den Vorbringen der Beschwerdeführerin würde die Gänselochquelle unter natürlichen Voraussetzungen keinen Wasserlauf bilden, sondern es habe sich um eine direkte Einspeisung der Raus gehandelt. Die Raus sei vor ihrer Kanalisierung und Verlegung im Zuge des Eisenbahnbaues breiter und damit an die Quelle «anschliessend» geflossen.

Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Entscheidend ist, dass die Gänselochquelle, wäre sie nicht gefasst worden, sich von ihrer Mächtigkeit und Stetigkeit her von Anfang an ein Bett zu schaffen vermöchte, selbst wenn dieses nach wenigen Metern in die Raus münden würde (entspränge die Quelle innerhalb des Bachbetts der Raus, wäre sie Teil dieses Baches und damit dem Privateigentum entzogen).

Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin angerufenen Regelung in Art. 2 Abs. 1 des Wassernutzungsgesetzes des Kantons Bern. Danach ist öffentliches Wasser hinsichtlich der Nutzung das als (See-, Fluss- oder Bach-) Quelle natürlich zutage tretende Grundwasser, wenn dieses ein Oberflächengewässer mit ständiger Wasserführung bildet oder massgeblich speist, wobei die Speisung als massgeblich gilt, wenn sie selber ein Oberflächengewässer bilden würde. Erstens handelt es sich dabei um eine kantonale öffentlich-rechtliche Regelung, welche den Inhalt des Bundeszivilrechts weder zu erweitern noch einzuschränken vermöchte. Zweitens kann aus der ausdrücklichen Erwähnung der Bacheinspeisungsquellen nicht geschlossen werden, dass es sich dabei nicht um Bachquellen handelt; vielmehr dient diese Bestimmung lediglich der Klarstellung.

4.6 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach grundsätzlich alle auf privatem Grund und Boden hervortretenden Quellen im Privateigentum stehen können (BGE 43 II 152 E. 3 S. 158, bestätigt in BGE 93 II 170 E. 3 S. 174 und E. 8c S. 182). Diese Rechtsprechung ist in Bezug auf die Bachquellen in der Literatur einhellig kritisiert worden (vgl. die Hinweise in BGE 97 II 333 E. 1 und 122 III 49 E. 2a S. 50) und mit BGE 97 II 333 im Jahre 1971 geändert worden. Im Übrigen hatte das Bundesgericht bereits in BGE 93 II 170 E. 8c S. 182 ausdrücklich offen gelassen, wieweit für sogenannte Fluss- und Bachquellen eine Ausnahme gelte, und vertritt der von der Beschwerdeführerin angeführte Peter Liver ebenfalls die Auffassung, die eigentlichen Fluss- und Bachquellen seien nicht kraft Bundeszivilrechts private Gewässer (Öffentliches

Grundwasserrecht und privates Quellenrecht, in: Privatrechtliche Abhandlungen, 1972, S. 460).

Eine geänderte Rechtsprechung findet grundsätzlich Anwendung auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedenen Fälle (BGE 135 II 78 E. 3.2, 133 V 96 E. 4.4.6, 132 II 153 E. 5.1). Dass die Gänselochquelle von der Beschwerdeführerin noch vor der Praxisänderung des Bundesgerichts gefasst und abgeleitet wurde, ist nicht entscheidend.

4.7 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die Gänselochquelle ist aufgrund ihrer Mächtigkeit und Stetigkeit eine Bachquelle und wird somit vom Quellenbegriff des Art. 704 ZGB nicht erfasst. Sie untersteht damit nicht dem Bundeszivilrecht und es entscheidet sich nach kantonalem Recht, ob sie als öffentliches oder privates Gewässer zu behandeln ist.

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der solothurnische Gesetzgeber habe die natürlich aufstossenden Quellen erst 2010 mit dem Erlass des GWBA geregelt; zuvor habe er den Grundsatz des Privateigentums in keiner Weise in Frage gestellt.

5.1 Das Gesetz vom 4. Juni 1858 über Wasserbau und Entsempfungen (GS 54, S. 60) unterschied zwischen öffentlichen und privaten Gewässern. Es regelte in einem ersten Teil (§§ 1 ■ 20) die öffentlichen Gewässer. In § 1 bezeichnete es alle Flüsse und diejenigen Bäche, welche nicht nachweislich Eigentum Dritter sind, als öffentliche Gewässer. Das Gesetz ermächtigte sodann den Regierungsrat, die Benutzung der öffentlichen Gewässer insbesondere durch Schifffahrt und Flösserei zu regeln (§ 2) und bestimmte, dass gewerbliche Bauten und Anlagen (Wasser- und Radwerke und Gewerbskanäle), die Anlage von Brücken, Stegen und Fähren sowie Bauten und Anlagen, welche auf die Höhe des Wasserstandes, den Lauf des Wassers oder die Sicherheit des Bettes oder der Ufer Einfluss haben oder die bestehenden Uferlinien verändern, der Bewilligung des Regierungsrates bedürfen (§ 7 Abs. 1 und § 9).

Das Gesetz über Wasserbau und Entsempfungen hält zwar nirgends explizit fest, dass an den öffentlichen Gewässern Eigentum des Staates besteht. Dies lässt sich aber aus der Überschrift vor § 1 («I. öffentliche Gewässer. A.Eigentums- und Benutzungsverhältnisse») und den Verweisen in den §§ 1 und 3 auf die §§ 725 und 726 des Civilgesetzbuches für den Kanton Solothurn vom 15. Wintermonat 1845schliessen. Nach dessen § 725 gehören Landanschwemmungen von Flüssen, so wie die im Flusse entstehenden Inseln und das Flussbett selbst, obgleich das Wasser seinen Lauf ändert, dem Staat. Wenn jedoch der Fluss Jemandes Eigentum einschliesst, so bleibt das Grundstück dem früheren Eigentümer, obwohl es eine Insel bildet (§ 726). Leo Schürmann führt in seiner Dissertation aus, das Eigentum des Staates und der Gemeinden an öffentlichen Gewässern lasse sich daraus vermuten, dass an den nichtöffentlichen Gewässern Eigentum Privater sich finde; die Praxis nehme denn auch mit Recht ohne weiteres Eigentum des Staates an, soweit nicht solches der Gemeinden nachweisbar sei; bereits 1858 sei in den Verhandlungen des Kantonsrates das Bestehen eines staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern angenommen worden (Leo Schürmann: Das solothurnische öffentliche Sachenrecht, Diss. Basel 1938, S. 146).

5.2 Nach dem Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn vom 26. Februar 1891 (CGB) erstreckt sich das Recht des Eigentümers nicht allein auf die Oberfläche, sondern auch aufwärts auf den Luftraum und in umgekehrter Richtung auf die Tiefe (§ 368 Abs. 1). Der Eigentümer durfte auf seinem Eigentum Gebäude errichten und Quellen fassen, ohne dass

er dafür einer besonderen Bewilligung bedurfte (§ 368 Abs. 2); lediglich Heilquellen durften zum Nachteil bestehender Anstalten weder abgegraben noch in ihrem Lauf gehemmt werden (§ 368 Abs. 3).

Das CGB betrachtete Quellen als Bestandteil des Grundstücks, welche von Gesetzes wegen im Eigentum des Grundstückseigentümers standen (Charles von Sury-Bussy, Das Recht an der Wasserquelle im schweizerischen Recht und seinen Grundlagen, Diss. Bern 1909, S. 29). Nach damaliger Auffassung und Praxis scheinen alle Quellen, also auch Bachquellen, nicht als Bestandteil des Wasserlaufs angesehen worden zu sein (Eugen Huber: Die Gestaltung des Wasserrechts im künftigen schweizerischen Rechte, in: ZSR 19/1900 S. 568; vgl. auch Obergerichtsentscheid vom 4. August 1898 in Sachen Heimlisberg- und Busletenquelle in RB 1898 Nr. 12 S. 84). Im Prozess zwischen der Stadt Solothurn als Eigentümerin des Stadtbachs und Eigentümern von an diesem gelegenen Wasserwerken liess das Obergericht allerdings offen, ob die Quelle auf GB Rüttenen Nr. 60 zum Stadtbach gehört oder ob ein am Prozess nicht beteiligter Dritter (der Eigentümer des Quellgrundstücks oder sein Rechtsvorgänger, der sich beim Verkauf des Grundstücks das Recht der Aufsuchung, Fassung und Verwendung des Quellwassers vorbehalten hatte) aus irgend einem Grunde daran Rechte hat (Urteil vom 27. September 1899 in RB 1899 Nr. 49 S. 85 ff.).

5.3 Vor Inkrafttreten des ZGB bestand somit folgende Rechtslage: Der Rausbach war bereits um die vorletzte Jahrhundertwende ein öffentliches Gewässer. Das ergibt sich daraus, dass in den nach der Verlegung des Baches beim Bau der Münsterbahn erstellten Mutationsplänen Nrn. 1715 und 1757 das frühere Bachbett als Eigentum des Staates ausgewiesen ist. Hingegen enthielt das Gesetz über Wasserbau und Entsumpfungen keine Regelung über Quellen und nach dem früheren solothurnischen Zivilrecht waren die Quellen Bestandteil des Grundstücks, auf dem sie entsprangen. Entgegen der vom Departement in der angefochtenen Verfügung vertretenen Auffassung, kann die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Quellbegriff des Zivilgesetzbuches (BGE 97 II 333) keine Gültigkeit für die Zeit vor Inkrafttreten des ZGB beanspruchen. Die auf dem an den Rausbach angrenzenden Grundstück Nr. 41 (später Nr. 68) entspringende Gänselochquelle war demnach vor Inkrafttreten des ZGB kein öffentliches Gewässer sondern als Bestandteil des Grundstücks Privateigentum.

5.4 Nach dem Gesetz vom 10. Dezember 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (GS 65 I, S. 309) galten die Flüsse, sowie diejenigen Seen und Bäche, die nicht nachweisbar im Privateigentum stehen, als öffentliche Gewässer (§ 257) und standen der Gemeindegebrauch und die darüber hinausgehende Ausbeutung der öffentlichen Sachen, wie insbesondere der Gewässer und Flussbetten, unter der Hoheit des Staates (§ 258). Eine nähere Abgrenzung der öffentlichen Gewässer, insbesondere hinsichtlich der Quellen, enthielt das Gesetz nicht.

In öffentlich-rechtlicher Hinsicht galt nach wie vor das Gesetz über Wasserbau und Entsumpfungen aus dem Jahre 1858. Schürmann schreibt in seiner Dissertation von 1939, die Abgrenzung des Wasserlaufes von der Quelle sei bei Bachquellen kontrovers; er gibt die damalige Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 43 II 152) und die daran geäußerte Kritik wieder und resümiert das gegenseitige Verhältnis von Quelle und Wasserlauf dahingehend, dass der Eigentümer einer Quelle in seiner Dispositionsbefugnis nur durch Rechte Dritter oder Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur in der Verfügung über das gesamte Quellwasser gebunden ist (a.a.O., S. 43 ff., insb. S. 44 FN 4).

Solche Regelungen enthielt ■ soweit ersichtlich erstmals ■ das Gesetz über die Rechte am Wasser vom 27. September 1959 (GS 81 S. 186), welches nebst weiteren Erlassen das nun Gesetz über Unterhalt und Korrektur der Gewässer und Austrocknung von Mösern und anderem Land genannte Gesetz vom 4. Juni 1858 ablöste. Es bezeichnet die Flüsse, Bäche und Seen sowie die bedeutenden Grundwasservorkommen als öffentliche Gewässer; vorbehalten blieben an den Bächen und Seen bestehende Privatrechte und das Quelleneigentum nach Art. 704 ZGB (§ 2). Die Nutzung der privaten Gewässer war nicht bewilligungspflichtig, jedoch dem Baudepartement anzuzeigen, wenn sie bei einem oberirdischen privaten Gewässer oder einer Quelle mehr als 80 Minutenliter betrogen oder ein privates Grundwasservorkommen betrafen (§ 11). Einer Erlaubnis des Regierungsrates bedurfte ferner die Ableitung oder Veränderung des Abflusses einer Quelle oder eines anderen privaten Gewässers sowie von privatem Grundwasser unter anderem, wenn das Wasser für den häuslichen, landwirtschaftlichen oder gewerblichen Bedarf eines grösseren Personenkreises benützt wird und notwendig ist oder wenn dadurch der Wasserstand oder Wasserlauf eines öffentlichen Gewässers in erheblicher Weise nachteilig beeinflusst wird (§ 17). Nach den Übergangs- und Schlussbestimmungen (§ 58) galten vor dem Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuches am 1. Januar 1912 begonnene und ohne erheblichen Unterbruch getätigte Nutzungen des öffentlichen Grundwassers in dem Umfang als wohlerworben, in dem sie am 1. Januar 1912 tatsächlich ausgeübt worden waren.

Der Regierungsratschreibt in seiner Botschaft zum Gesetzesentwurf (Beilage zu den Kantonsratsverhandlungen 1959), Grundwasser und Quellen seien nicht leicht voneinander abzugrenzen. Jede Quelle trete gleich wie das Grundwasser aus dem Boden ans Tageslicht. Da aber die Quellen dem Eigentümer des Grundstücks gehörten, dem sie entspringen, müssten sie vom Grundwasser abgegrenzt werden (S. 4). Zur Natur der Bachquellen äussern sich Botschaft und Gesetz indessen nicht. Aus den Ausführungen in der Botschaft ist zu schliessen, dass alle Quellen einschliesslich der Bachquellen weiterhin als vom Bundeszivilrecht beherrschte private Gewässer betrachtet wurden. Allerdings war die Nutzung von mehr als 80 Minutenlitern als Trink- oder Gebrauchswasser anzeige- und die Ableitung einer Quelle bewilligungspflichtig, sofern das Wasser für den Bedarf eines grösseren Personenkreises benützt wird und notwendig ist (heute: §§ 48 ff. GWBA). Beides traf für die Gänselochquelle zu.

5.5 Die grösseren Quellen wurden erstmals mit § 6 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über Wasser, Boden und Abfall vom 4. März 2009 ausdrücklich öffentlicherklärt und einer Konzessionspflicht unterstellt.

Bestehendes Recht kann grundsätzlich jederzeit geändert werden. Es gibt keinen Anspruch auf Beibehaltung einer einmal geltenden Rechtsordnung. Einzig bei Vorliegen wohlerworbener Rechte ergibt sich eine gewisse Gesetzesbeständigkeit in dem Sinne, dass solche Rechte nicht nachträglich durch spätere Gesetzesänderungen entschädigungslos aufgehoben oder eingeschränkt werden können (Urteile des Bundesgerichts 9C\_334/2014 vom 10. November 2014 E. 5.4 mit Hinweisen; 2C\_561/2007 vom 6. November 2008 E. 3, in: ZBI 110/2009 S. 571; Enrico Riva: Wohlerworbene Rechte ■ Eigentum ■ Vertrauen, Bern 2007, S. 38). Neue Gesetze finden auf jene Lebenssachverhalte Anwendung, die sich während deren Geltungszeit ereignen beziehungsweise aktualisieren. Während Sachverhalte, die unter einem früheren Rechtszustand zum Abschluss gekommen sind, vom neuen Recht unberührt bleiben (Rückwirkungsverbot), ist bei Sachverhalten und Positionen, die zwar noch unter einem früheren Rechtszustand begründet wurden, aber noch

in die Geltungszeit des neuen Rechts hineinreichen (Dauersachverhalte), grundsätzlich eine Anpassung an das neue Recht erforderlich (Riva, a.a.O., S. 39; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann: Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2010, RZ 337 ff.).

Die Nutzung der Gänselochquelle stellt keinen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt dar, sondern dauert an. Das GWBA findet auch Anwendung auf Bachquellen, die bereits vor seinem Inkrafttreten gefasst und genutzt wurden. Liver bezieht sich an der von der Beschwerdeführerin für ihre gegenteilige Ansicht zitierten Stelle (Schweiz. Privatrecht, Band V/1, 1977, S. 295) ausschliesslich auf Grundwasserfassungen, wogegen er die Fluss- und Bachquellen in den Kantonen, in denen die Flüsse und Bäche öffentliche Gewässer sind, als öffentliche Gewässer bezeichnet (a.a.O., S. 293). Der Gesetzgeber hat seine nach heutiger Erkenntnis seit Inkrafttreten des ZGB bestehende Gesetzgebungskompetenz vor 2010 nicht ausgeschöpft und auf eine Konzessions- und Abgabepflicht bezüglich der Bachquellen verzichtet. Die jahrzehntelange Untätigkeit des Gesetzgebers begründet indes keine wohlerworbenen, gesetzesbeständigen Nutzungsrechte an solchen Quellen. Schutzwürdiges Vertrauen steht nicht auf dem Spiel; die weitere Nutzung der Gänselochquelle durch die Beschwerdeführerin ist unbestritten. Letztlich geht es einzig darum, ob die Beschwerdeführerin künftig Konzessionsabgaben zu entrichten haben wird und davor vermag sie einzig das Bestehen eines ehehaften Rechts zu bewahren.

6. Abschliessend ist somit zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin ein wohlerworbenes, ehehaftes Recht am Quellwasser zusteht.

6.1 Als ehehafte Wasserrechte werden altrechtliche private Rechte bezeichnet, soweit die Gewässer, an denen sie bestanden haben, später zu öffentlichen Gewässern geworden sind, die ihren Ursprung in einer Rechtsordnung haben, die nicht mehr besteht und die nach neuem Recht nicht mehr begründet werden können, aber auch unter der neuen Rechtsordnung weiterbestehen dürfen (BGE 131 I 321 E. 5.1.2 S. 324 f., 127 II 69 E. 4b S. 74). Wassernutzungsrechte an privaten Gewässern werden zu ehehaften Rechten, wenn das Gewässer durch Gesetzeserlass in die Kategorie der öffentlichen Gewässer überführt wird, zum Beispiel auch wenn das Gesetz erklärt, dass das Grundwasser oder die ausgedehnten Grundwasservorkommen, die bisher als private Gewässer galten, öffentliche Gewässer seien. Grundwasserpumpwerke, die nicht auf Grund einer Konzession, sondern einer privaten Dienstbarkeit oder des Eigentums an der Werkliegenschaft errichtet worden sind, werden dann zu ehehaften Werken (Peter Liver: Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Privatrechtliche Abhandlungen, 1972, S. 466). Zu ehehaften Wasserrechten wurden diese alten Berechtigungen, weil und soweit die Gewässer, an denen sie bestehen, zu öffentlichen Gewässern geworden sind, womit das Recht der Verfügung über das Wasser und die Wasserkraft auf das Gemeinwesen übertragen worden ist und Rechte der Wassernutzung, insbesondere der Wasserkraftnutzung nur mehr durch Konzession begründet werden konnten (a.a.O., S. 467 f.). Der Vorteil ehehafter Rechte gegenüber verliehenen subjektiven öffentlichen Rechten liegt in der Unentgeltlichkeit der Ausübung und ihrer unbeschränkten Dauer (a.a.O., S. 473).

6.2 Wie oben dargelegt, konnten sämtliche Quellen vor Inkrafttreten des ZGB vom Grundeigentümer uneingeschränkt genutzt werden. Mit Ausnahme des Wasserbezugs durch die Solothurn-Münster-Bahn wurde die Gänselochquelle damals noch nicht genutzt.

6.3 Im Kaufvertrag vom 31. Juli 1906 gesteht die Solothurn-Münster-Bahn Major von Sury das Eigentumsrecht an der Gänselochquelle zu. Das damals geltende solothurnische

Zivilgesetzbuch kannte indes kein vom Grundeigentum lösgelöstes Quelleneigentum; die Quellen bildeten vielmehr Teil des Grundstücks, auf dem sie entspringen. Ein Quellenrecht konnte somit bloss als Dienstbarkeit begründet werden.

Das CGB definierte Grunddienstbarkeiten als dingliche Rechte, die an einer belasteten fremden Liegenschaft hafteten und den Eigentümer verpflichteten etwas zu dulden oder zu unterlassen (§ 487 Abs. 1 und 3). Grunddienstbarkeiten wurden zugunsten des Eigentümers eines bestimmten, des herrschenden Grundstücks errichtet (§ 487 Abs. 2 CGB). Grunddienstbarkeiten wurden unmittelbar durch das Gesetz, durch Verjährung oder durch Eintragung im Grundbuch, gestützt auf Vertrag oder letzte Willensanordnung, erworben (§ 492 CGB). Der Inhaber einer Dienstbarkeit konnte sein Recht auf seine Kosten bei der dienenden Liegenschaft im Grund- und Hypothekenbuch eintragen lassen (§ 500 CGB).

Eine als Inhalt einer Grunddienstbarkeit zulässige Befugnis konnte durch Vertrag oder letztwillige Willensanordnung aber auch als persönliche Dienstbarkeit bestellt werden (§ 509 Abs. 3 CGB). Zur Entstehung der persönlichen Dienstbarkeit war deren Eintragung im Grund- und Hypothekenbuch erforderlich (§ 511 CGB). Sie war grundsätzlich nicht übertragbar und konnte nicht auf längere Zeit als die Lebensdauer des Erstberechtigten und seiner Kinder bestellt werden (§ 513 CGB).

Der Kaufvertrag vom 31. Juli 1906 bildete den Erwerbstitel für eine Dienstbarkeit. Zusammen mit dem Kaufvertrag wurde die Dienstbarkeit am 9. Juni 1910 als Wasserrecht des Gaston von Sury an der Gänslotzquelle im Grund- und Hypothekenbuch eingetragen. Damit ist die Dienstbarkeit vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches am 1. Januar 1912 entstanden.

6.4 Das ZGB anerkennt die bei seinem Inkrafttreten bestehenden dinglichen Rechte auch dann, wenn sie nicht mehr neu begründet werden können. Es unterstellt sie jedoch bezüglich ihres Inhaltes grundsätzlich dem neuem Recht. Bezüglich ihres rechtsgeschäftlichen Inhaltes und soweit sie nach neuem Recht nicht mehr errichtet werden konnten, verblieben sie unter dem bisherigen Recht (Art. 17 SchlT ZGB; Martina Wittibschlager, Basler Kommentar ZGB II, Basel 2011, Art. 17 SchlT ZGB N 11 f.).

Bei der Bereinigung der Grunddienstbarkeiten im Kanton Solothurn wurde das Wasserrecht zugunsten von Gaston von Sury am 11. November 1919 erneut als Last auf GB Gänsbrennen Nr. 68 eingetragen, sein Bestand somit anerkannt.

6.5 Die Beschwerdeführerin erwarb die Dienstbarkeit im Jahre 1949 durch Kauf, trat als Singularsukzessorin somit in die Rechtsstellung der Erben des Gaston von Sury ein. Das Quellwasser floss im damaligen Zeitpunkt, soweit es nicht durch die Solothurn-Münster-Bahn genutzt wurde, in die Raus. Die Rechtsvorgänger der Beschwerdeführerin hatten das Recht, die Quelle zu fassen und das Wasser abzuleiten, nicht ausgeübt.

Insofern das ZGB Bachquellen nicht als Bestandteil des Grundstücks, auf dem sie entspringen, sondern als Teil des Wasserlaufs erfasst, umschreibt es den Inhalt des Eigentums und beschränkt das Recht des Grundeigentümers, solche Quellen zu fassen und abzuleiten. Soweit das Quellwasser bei Inkrafttreten des ZGB noch nicht gefasst war, gilt für den Grundeigentümer ohne Weiteres das neue Recht. Wenn für die Begründung eines ehehaften Rechts des Grundeigentümers auf das Quellwasser dessen tatsächliche Fassung erforderlich ist, gilt dies auch für das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten (vgl. BGE 55 I

397 E. 4 S. 402); die Verselbständigung eines Rechts in einer Servitut kann nicht der tatsächlichen Ausübung des Rechts gleichgesetzt werden und der Inhalt der Dienstbarkeit kann nicht weiter reichen als der Inhalt des Grundeigentums.

Als die Beschwerdeführerin in den Jahren 1952/53 das Wasser der Gänselochquelle fasste und ableitete, handelte es sich um ein öffentliches Gewässer. Die altrechtliche, nicht ausgeübte Dienstbarkeit verschaffte der Beschwerdeführerin kein gesetzesbeständiges, wohl erworbenes und ehehaftes Recht.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 15. Juli 2015, VWBES 2013.299

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.